5.º

✠

LEGAL REPRESENTACION

POR EL DOCTOR DON NICOLAS SANCHEZ DE LA CRVZ, y Ximena. Presbytero Calificador de el Santo Oficio de esta Ciudad, de la suprema General Inquisicion, y Curial de la Corte Romana, en los Autos intentados por Doña Michaela Muñoz Moreno, Viuda de Don Pedro Ignacio Marquez, y Consortes, herederos de el referido, sobre pretender, que el Don Nicolàs otorgue instrumento, obligandose à devolverles la cantidad, que se puso en su poder, para los gastos, Bullas, y demàs concerniente à lograr, que el Venerable Arzobispo de Raguza Don Fr. Phelipe Iturbide resignasse en Don Diego Marquez (uno de dichos herederos) el Beneficio de la Parrochial de San Lucar de Barrameda. Y en el articulo sobre el sequestro, execucion, citacion de remate, y encargamiento, practicado contra el Don Nicolàs, por el pago de 15ȝ. Reales Vellon, parte de la cantidad, que ha de comprehender la citada obligacion.

Y SOBRE

QVE SE DECLARE, QVE EL JVEZ DE LA SANTA IGLESIA de esta Ciudad hace fuerza en no otorgarle libremente, y en ambos efectos las apelaciones interpuestas de los dichos sus Autos de sequestro, y demàs providencias, que incluye el juicio, que se dice executivo.



1. LO PROMPTO DE LA EXECION, EXperiencia de el sequestro, y no diferir à la suspension de las diligencias executivas, cuya experiencia, mui gravosa, influye rezelo de la sentencia de remate, ha estimulado à Don Nicolàs, para implorar la real proteccion, persuadido, à que este saludable remedio, ha de superar su actual perjuicio. Los medios mas adequados, para la insinuacion de su justicia, consisten en las especificas circunstancias de el hecho, que dà fomento al assumpto; y aunque la expression cause molestia, serà mas disculpable, por dirigirse, à proponer la verdad, sin

afectacion; que ès el mas apreciable obsequio; para un Tribunal tan justificado.

2. La general propension en procurar las conveniencias, con proporcion à la linea de los que cuidadosos, las solicitan, moviò à Don Pedro Marquez, y à Don Diego su hijo (parte que litiga) para establecer en la Corte Romana sus instancias, dirigidas, à obtener para el Don Diego una Prebenda, ò pieza Eclesiastica: y como iguales pensamientos requieren, para su logro, sujeto confidente, agil, y practico, cuya buena correspondencia haya conseguido en Roma opinion, para los seguros, y demàs gastos licitos, que ocurren, indispensibles à la expedicion, tubieron por mas acreedor (en su concepto) entre los Curiales de este Pueblo, à Don Nicolàs de la Cruz, à quien comunicados sus intentos, y aceptando este el contribuir, para quanto fuesse proporcionado à este logro, previno à su correspondiente Don Andrès de la Peña Noguerol, por carta, que fue respuesta la de el fol. 46. en que le propone, entre otras cossas, la resigna de el Beneficio de San Lucar de Barrameda, que haria el Venerable Don Fr. Phelipe Iturbide, Arzobispo de Raguza, vajo de las prevenciones, y calidades que instruye la propuesta; y confiandola à los interesados pretendientes, se prueba, assintieron à ella; pues para todo lo conducente à efectuarla, dexar reservada la pension, ò casar esta, otorgò el Don Diego Marquez en 28. de Febrero, y en 1. de Marzo 1729. sus poderes, con assistencia de Don Pedro Ignacio su Padre (pues sirviò de Testigo en ambos.) fol. 44. y 45.

3. Para proceder en Roma con eficacia igual à la promptitud, apetecida por los interesados, reconociendo precissos, por la propria carta de el Don Andrès de la Peña Noguerol, los gastos, de que informaba, importantes 1800. escudos de moneda Romana (los que valen 10. reales de plata vieja cada uno) y por el cambio, y conducion para hacerlos efectivos en Roma, para su entrego, se aumentaba en aquel tiempo à 18. por 100. que sumaba 324. escudos de la propria calidad, y estimacion, y todos componian 2124. escudos: y su valor reducido à pesos, hacian 2655. y sobre el de 500. que paraban en Don Nicolàs, completò Don Pedro Ignacio 2669. de que hizo resguardo, que se halla al fol. 12. Y à mas de la seguridad, que causaban estos caudales, existia tambien la obligacion de Don Diego Marquez, à pagar todos los gastos, que ocurriessen, para efectuar la pretension preparada.

4. Es de notar, que con antelacion al recibo de los 2669. pesos, diò sus Ordenes Don Nicolàs, para practicar, quanto fuesse conducente à la resigna de el Beneficio, reserva, ò cassacion de la pension; y precisando para esto, anticipar los 10. años depension de 70. ducados

dos de Oro de Camara, ò para quedar libre el Beneficio por 10. años y cobrar sus frutos el Resignatorio integros, ò conseguir con las dichas 10. annatas la cassacion de la pension; no era dable, que por otras reglas, se establecíese, ò principiasse este assumpto, que estando el Don Andrès, à su satisfacion assegurado; para no padeçer, tan notable descuvierto, de que le indemnizaban (como sus cartas acreditan, especialmente la de el fol. 51.) las Ordenes, y seguridades, por Don Nicolàs communicadas; y assi le previene, que para el todo de el encargo, mandato, ò sus resultas, no conoce à otro deudor responsable. Y aunque sin esta reconvencion, debiò siempre el Mandante proceder instruido, de quedar obligado à las resultas de sus encargos, obligaba con mas precision, el constarle, que dicho Don Andrès, prosiguiendo su agencia, y solicitud, ha temperado à estilo de dataria, hizo deposito de 300. escudos Romanos, concedula de obligacion bancaria para la dataria, importe precisso, que tenia la renovatoria de esta expedicion, la qual se deposita siempre al principio, en el Oficio de el *Per obitum*, al tiempo de prestar el consenso el apoderado para dicha expedicion.

5 Con igual precission hizo el Don Andrès Noguerol, cedula obligatoria de 700. ducados de Oro de Camara (que à 17. reales y medio de plata vieja cada uno componen 1225. escudos Romanos de à 10. reales de plata, como và insinuado; principiando la obligacion de dichas cedulas vancarias à cargo de Don Nicolàs (como hechas de su orden) desde 6. de Mayo de 1729. que viene à liquidarse, cotejando este tiempo con el de la fecha de los poderes (que resulta, fue uno en 28. de Febrero, y otro en 1. de Marzo de 1729.) haver mediado entre conferir las facultades, para obrar, y ponerse la pretension en el referido estado, dos meses cabales: que deberà tenerse presente, para lo que despues se reflexionarà.

6. No solo instruye el hecho, deducido de los Autos fol. 48. haver practicado el correspendiente las citadas obligaciones, relacionadas, y precissas al favorable exito de la pretension, sì tambien, que le entregò otras porciones al Resignante, que constan de su recibo, fol. 50. y cartas; debiendo prevenir, que el todo de estas seguridades, costos causados, y satisfechos, con el instrumento pressentado de la dataria fol. 53. sin los cambios, importan 2382. pesos de à 15. reales. Y asi, esta summa, como la percevida por el Venerable Arzobispo de Raguza, fue en tiempo, en que se procedia tan distante de experimentar impedimento en la perfecion de el deseo, que antes bien se discurria la expedicion mas prompta: hacer remesa de las Bullas en 28. de Mayo de 1729.

7. Co-

7. Como en la carrera de pretensiones sean frequentes las novedades, que difieren, ò malogran los sucesos, sin que en esta experiencia tengan visos de culpados, los que à su perfecion han concurrido, tan solicitos, como cuidadosos; comprehendiò esta desgracia à Don Diego Marquez; pues dilatò su fortuna, èl haverse puesto, en nombre de su Magestad por el Señor Cardenal Ministro: *Nihil transeat*, en la Dataria, impidiendose el curso à toda expedicion, en que fuesse parte el dicho Arzobispo.

8. Para vencer los efectos de este decreto, se aplicaron diversos esfuerzos por el Don Andrès de la Peña, que refiere en sus cartas presentadas (aunque no todas) en los Autos: mas hallò, no ser factible, por manifestar el Señor Cardenal Ministro, haver dado cuenta de esta operacion à su Magestad, que Dios guarde; en cuya Corte se suscitaron influxos los mas poderosos: Mas no alcanzando à superar la dificultad, fue precisso, ceder à ella, esperando su evaquacion, para continuar, y fenecer el encargo, ò mandato confiado.

9. Avisa el hecho, por circunstancia apreciable, para su instrucion, que posterior à esto, llegaron las Bullas de el citado Beneficio à Cadiz, sacadas, y remitidas por el Venerable Don Phelipe Iturbide, y Don Juan Angel Beloni, mercante en Roma. Y aunque siguiendo los terminos, mas sujetos à verdad, contesta Don Nicolàs, que à este mercante diò orden, para que en su nombre apromptasse, lo que precisso fuesse, para dicha expedicion, en casso de retardarse el Don Andrès de la Peña; esto fue, en el supuesto, de haverse informado, que los influxos hechos para este intento por sujetos de la Corte de España, causarian cessacion en el impedimento de el *Nihil transeat*, que debia preceder, y no en otra forma; pues en fraude de este que trahe, por origen, la Real deliberacion, fuera gravemente culpable, è inutil, solicitar la expedicion de las Bullas, de que no podia usarse en este Reino: y por ser, como fue, la remision de ellas, con este graduado defecto; à mas de que su empeño excedia en mucho, à lo estipulado por Don Andrès de la Peña, y consentido por los interesados; fue justa resolucion, no recevirlas; antes si procurar, recogerlas, para su inspecion, y reconocimiento en el supremo Consejo, en virtud de su Real provision, expedida, para este fin, y sus incidencias; y assi, se solicitò judicialmente, y se enuncia en los Autos, fol. 22. como tambien los que se formaron en el Tribunal de el Provisor de esta Ciudad en el mismo assumpto, la orden que Don Nicolàs tuvo de el Cardenal Ministro de España, para no recivir las Bullas, por ser su remision subrecticia, y haverle mandado, ocurriesse (como lo practicò) al supremo Consejo, para la suspension de el curso de este assumpto, y quanto

to à èl fueſſe concerniente, y tambien las diligencias judiciales formadas, para la detencion, y ſeguridad de los quantioſos frutos de eſte Beneficio, que ſe hallan reducidos à ſu valor, y eſtà en el Herario Arzobiſpal de eſta Ciudad, ſiendo de todo eſte hecho ſabidor el Don Diego Marquez, y reſulta hallarſe emplazado, para ocurrir al Conſejo, à pedir lo que le convenga, en quanto à Bullas, Beneficio, y demàs perteneciente à ſu expedicion fol. 43.

10. Aunque eſte hecho es tan perceptible, como eſtraño el dificultarle, han proferido los intereſados herederos de Don Pedro Ignacio Marquez, mas de lo que podia titular qualquier dubio, que ſe les ofreciera en la materia, que ocaſiona la actual diſputa, no con corta ofenſa de la opinion de Don Nicolàs; y como eſte padecer ſe ha aumentado con el tiempo, y aun en los principios le era tan ſenſible, como intolerable, deſeaba con rieſgo, y perdida de ſus intereſes, mantener ſin vulneracion, y atraſo lo mas apreciable, que es el buen concepto. Y proponiendole un convenio (que à lo menos ſilenciaba las duplicadas expreſiones, con que ſu obrar, y legalidad ſe ofendia) diò un papel de propoſiciones, que havian de incluirſe en el contrato inſtrumental, que ſe trataba perficionar, y lo firmò, y aunque ſe diſpuſo un borrador para llenar el inſtrumento, no aſsiſtieron à la formacion de eſte las partes; en cuyo eſtado terminò eſte hecho, ſin adquirir mas ſer, ni eficacia, aunque hoi es el fomento de el recurſo de fuerza fol. 4.

11. No intentaron accion alguna Don Diego Marquez, y Conſortes al tiempo, que experimentaron que Don Nicolàs no aſentia, à perficionar el inſtrumento, ò contrato, à que ſe relacionaba el convenio: y antes de eſte tratado, en lo extrajudicial, ſobradamente ſe lamentaban; pero en lo judicial, nò pedian. Los motivos, con què hoi ſe empeñan, ſon los que exiſtian, quando anteriormente diſimulan; y para eſta diverſidad, parece, puede ſer cauſa la melancolica eſtacion, en que impedida la correſpondiencia con la Corte Romana, falta poſibilidad, para liquidar los hechos, que à eſtos Autos podian conducir, y eſto, ſi no es accion premeditada, al menos induce ſoſpecha, por el tiempo, en que ha eſtado ſuſpendida. Ocurrieron los herederos de Don Pedro Ignacio ante el Juez de la Santa Igleſia, y ſin fundamento en la realidad, ni aun preſſumpcion diſculpable, pidieron que à Don Nicolàs ſe le ſequeſtraſſen ſus bienes, porque eſtaba prompto à auſentarſe à la Corte de Madrid; y tambien pidieron reconocieſſe el borrador, que diò firmado, al tiempo de el convenio tratado, y no perfecto. Difiriòſe à el ſequeſtro, y à el reconocimiento, y uno, y otro ſe executò, *prefiriendo el ſequeſtro*

à las resultas del reconocimiento. Y aunque por Don Nicolàs se hizo presente la conexion de esta instancia con lo tocante à Resigna de Beneficios, y expedicion de Bullas, en que intervenia la Real authoridad, cuya Real deliberacion era precisso; diesse curso, ò termino al todo de el assumpto, y que esto impedia, poderse proceder en estos Autos, ni oyr à Don Diego Marquez, y Consortes; lo desestimò el Juez de la Santa Iglesia, fol. 17. y tuvo por suficiente el reconocimiento de el Borrador, dado para el tratado convenio; y en vista de el, siendo una de las prevenciones, el que se havian de entregar 15ꝟ. reales: mandò, despachar execucion por ellos contra bienes de el dicho Don Nicolàs.

12. Al mismo tiempo pretenden los dichos Herederos, que Don Nicolàs otorgue el instrumento, y obligacion, de que es parte la cantidad referida; y se le notificò Auto, para que lo executara con apercebimiento: y en virtud de esta notificacion, pidiò los Autos, que se le ofrecieron: Y en su vista, ha formado articulo, sobre que se debe, reponer el citado Auto, dirigido à el otorgamiento de la obligacion instrumental, dando por nulos, el papel reconocido, y demàs actos practicados, con relacion al ajuste, y convenio, que no tuvo efecto: para lo qual se insinuan, y fundamentan diversos medios, que siendo precisso excitarlos en el centro de este manifiesto, se difiere el tocarlos, para el tiempo de exponerlos.

13. En este articulo, sobre perfecionar obligacion instrumental, se procedio con precisision, transcendiendo, al que se sustancia como executivo por los 15ꝟ. reales vellon, pues se ha juzgado, tan imprescindible uno de otro, como las partes de el todo en las obligaciones individuas, y ser violento, que al tiempo, en que se està disputando; si Don Nicolàs debe, reducir à efectiva, ò perficionada la obligacion, que se dirigia el convenio, pueda dandose lo disputable por supuesto, seguir, ni admitirse recurso, que se supone filial de el contrato litigioso; por lo qual en el juicio executivo, recordando, y reproduciendo, quanto se ha expuesto, sobre no haver obligacion, ni aun perficionadose contrato; y ser aquellas pretensiones perjudiciales à la existencia de lo que la execucion supone, se ha pretendido, que el Juez Eclesiastico superfediesse en todo, quanto al citado juicio sumario tocasse; pues havia de ser regla, que fomentasse, y gobernasse sus principios la decision, que pusiesse termino à otorgar ò no la obligacion: mas no le pareciò justo al Juez Eclesiastico, antes sì, procediendo *ad ulteriora*, mandò, encargar, y se le notificò el termino de los 10. dias de la Ley de lo que infiriendo grabamen, con el sequestro anticipado, y demàs providen-

cias,

cias, se interpuso apelacion por Don Nicolàs, y no oyendose esta (como parececia correspondiente) se preparò el recurso, à que conspira el intento.

14. Expuesto en el methodo, que se ha podido mas conciso, lo que instruye el hecho; se acerca la obligacion, de dàr cuenta de la asistencia de derecho, con que se implora la Real proteccion, teniendo mui en memoria lo culpable que es en ambos fueros, y gravoso; el valerse de estos remedios, sin proporcion, y precision en los fines, principalmente en persona Eclesiastica, en quien debe, resplandecer mas el exemplo de justicia; y à esto no hace la mejor exterioridad, haver recibido 2000. y mas pesos, para el logro de la resigna, reserva, ò cassacion de la pension, y gastos de toda la expedicion de Bullas; no haver llegado el logro de estos intentos, haver passado tiempo dilatado, y no reintegrar, ò de volver los caudales, recividos; por que ciertamente no es justo, hallarse sin Beneficio, y sin dinero: y pues la obligacion, al tiempo de el recivo, fue à cumplir, efectuando el mandato, ò de volver, y reintegrar lo percevido; dirà Don Diego Marquez, y los demàs interesados: yà que no gozo el Beneficio, cese la causa que motiva el despojo: porque es intolerable experiencia: vèr los intereses vagando, y la resigna sin efecto: Y si hai suspension, ò *nihil transeat*; para que perficione sus deseos, tambien haya *nihil transeat* en los perjuicios, que prudentemente se consideran, causan à su dueño, estar en descuvierto tan crecido.

15. Parece, que esta expresion, es tan hija de la razon, que el no diferir à ella, es culpable, y estraña correspondencia: Mas dispertarà la realidad, destruyendo lo que es aparente persuasion: que en assumptos iguales no admira, yà por frequente, la distancia que hai, en lo que instruye la verdad, y publica equivocada la opinion: entre lo cierto, y supuesto es siempre la expedicion judicial, y el empeño mas acreditado, provar con evidencia, à quien asiste justicia; para superar, y vencer la violencia; advirtiendo, que sin faltar, à representar lo precisso, es obligacion evitar lo molesto: Y consolidando en el assumpto estos respectos, servirà de objecto à los discursos. El primero, acreditar à Don Nicolàs, sin obligacion, para ser reconvenido. El segundo; que el recurso, de apelacion intentado, es admissible *in utroque effectu*; terminando con deducir, por legitima ilacion: ser cierta la violencia, que estimula à procurar la proteccion en justicia.

OBJEC

OBJECTO I.

16. ES imponderable alivio ostentarse con realidad libre de una obligacion: pues à proporcion de lo que aflige existente, consuela à el obligado, quando se mira evacuada; son tan gravosas sus resultas, que las advertimos molestas, y ruidosas en muchos cassos, en que las causas eficientes se hallan extintas, y este es el sucesso de el actual Pleyto: pues no teniendo Don Nicolàs obligacion, que pueda inquietarle, padece su opinion, y caudales mas de lo que parece en lo judicial posible.

17. El mandatario, que falta à las reglas de el mandato, limitandolas, ò excediendo las confianzas de su encargo, se constituye responsable à todas resultas de esta imperfecion; y no es rigor, lo que las leyes establecen, quando en sentir de los Santos Padres, semejantes defectos se publican por prevaricacion, que grangea en lugar de conveniencias, el padecer plagas: *Cap. cum dilecta de rescriptis. Cap. cum in veteri de acusationibus. Cap. bonæ memoriæ 2. de postulatione lex diligenter, ff. mandati. Lex non distinguimus §. de offitio, & 3. fin. ff. de receptis arbitris. Et D. Salgado de reg. part. 4. cap. 3. ex num. 36. usque ad 49. Et authoritate Deuteronomii cap. 12. in fin. Et cap. ultim. Apocalips.* ibi: *Siquis apposuerit aliquid, super hoc, apponet Deus super eum plagas. Et ex doctrina Divi Ambrosii in lib. de Paradiso: Si quid addas, vel detrahas, prevaricatio videtur esse quædam mandanti; simpliciter enim, & pura forma mandati tenenda est, vel testimonii series intimanda: Et roboratur ex aliis copiosè traditis à prædicto Authore, quod consulto omissi.* Yà examinamos la senda recta, que Don Nicolàs debe haver seguido *tenor enim mandati, & via recta*, la luz que ha de gobernar las operaciones, y discursos: *Lucerna pedibus meis verbum tuum, & lumen semitis meis* (Autor citatus ubi sup.) Verèmos si en el desempeño de su encargo, mandato, y confianzas, ha procedido Don Nicolàs, arreglado à lo que es proprio de su ministerio, y oficio, ò si resultasse excesso; porque el conocimiento de estas principales causas, ha de ser vaticinio de su victoria, ò perdida. Y antes no es de olvidar lo que le avisa, y demuestra con mas obligacion, y consiste en ser notorio remedio, instruido en los theoricos principios, seguido sin novedad en los documentos practicos: que los caudales franqueados para la consecucion de el intento que resultò frustrado por el proprio hecho de faltar el respecto que la accion gobernaba, debe reintegrarse todo lo consignado, para el mencionado destino: Y pues los 2169. pesos se apromptaron para lo concerniente à el bene-

nefi-

neficio pretendido, parece legal la devolucion, y justa la instancia, que à este fin se practica: *Ex toto titulo, ff. & C. de condit. ob caus. Gusman de evictionibus. Quæst. 3. n. 22. Burgos de Paz. Consilio 28. n. 21. Arias de Messa lib. 1. variar. cap. 19. n. 10. (Et quod non sit necessaria absolutio, quambis contractus sit juratus, si agitur ex cap. non implementi) D. Olea de cesion. jur. tit. 8. quæst. 1. num. 19. & 20. Cum Joanne Baptista Thoro. 1. part. comp. decis. verbo agens adversus. Et remissa injuria sub aliquod pacto, veluti ut injuriatus aliquid faciat, veldet, an si id non impleatur, posit accusatio instaurari. Lex 3. ad S. C. Turpillianum Canzer. 2. part. cap. 11. n. 94. Giurba Consilio 74. n. 2. & 3. Gutierrez Parladorio.* Y otros que cita el Señor Olea (*ex quibus verissimè resolvit, accusationem suscitari non posse*) *licet pacta non impleantur, tamet si accusator in cassu contraventionis, & in observantiæ jus prosequendi accusationem sibi reservasset) quibus suppositis ad munus nostrum redeamus.*

18. El papel de resguardo de los 2169. pesos (à que se agregan los 500. que anteriormente existian en poder de Don Nicolàs, y hacen los 2669.) previene que estas cantidades es importe de letra remitida à Roma en 1. de Marzo para en cuenta de la expedicion de las Bullas de el Beneficio de San Lucar de Barrameda, que à favor de Don Diego Francisco Marquez (hijo de el Don Pedro Ignacio à quien se relaciona el resguardo) se han de traher por resigna, ò pension cassada, que de el dicho Beneficio hace Mon-Señor Iturbide, y que los cambios à 16. por 100. tambien se confiessan pagados, y en defecto de dichas Bullas se obliga à entregar la cantidad de la letra, ò su importe. Este es el principal hecho, que precediò entre las partes; y no haviendo Don Nicolàs faltado, ni ser prueva (en el casso concreto) el que las Bullas no hayan venido, parece legitima ilacion el que no puede ser reconvenido.

19. Para acreditar, que ha cumplido, y que està indemnizado de los cargos que se le hacen, es de suponer (y se procura acreditar) que el Don Pedro Ignacio Marquez, ò los interesados que le representan, no disputan haverse obrado con pleno conocimiento en el tratado que se confiò à Don Nicolàs, y aunque lo dificultaran, es especifico el todo de el hecho y facultades en los dos poderes que estan puestos en los Autos, y de que se hace expresion en el hecho referido, liquidandose con esto, fueron instruidos de la carta de Don Andrès de la Peña, en que se incluye la propuesta de el referido Beneficio, y à consequencia de esto se ajusta, que no se le informò por el Don Nicolàs mas, de lo que de Roma se propuso, y sin las ponderaciones, ò ficiones, con que suelen principiar semejantes

propuestas; y aceptadas estas por los interesados, se dieron las ordenes, y seguros suficientes à la consecucion de el intento, y no puede dudarse, fueron proporcionados quando la carta de Don Andrès de la Peña, en que avisa, y propone lo tocante al Beneficio de San Lucar para Don Diego Francisco Marquez, es con fecha de 4. de Diciembre de 1728. El aceptarla, y dàr poder es en 28. de Febrero de 1729. El recivo resguardo de el dinero està con fecha de 3. de Marzo de dicho año, y el poder para cassar la pension 1. de el citado mes, y año: y de resultas de estos antecedentes se halla que el correspondiente de Roma avisa haverse anticipado con tanta solicitud el intento, que en 28. de Mayo de 729. estaba para concluirse la expedicion de las Bullas, y remitirlas en dicho dia. Si numeramos los dias, que mediaron, desde el percivo de el dinero, aceptacion de la propuesta, otorgamiento de el poder, y estar para concluirse la expedicion, no se hallaràn tres meses. Los seguros, y gastos impendidos en este tiempo, dados yà, y executados por indispensables à la perfecion de el assumpto, yà se enuncian en el hecho, y despues se recordaràn, y sobre estos fundados principios havilita para el dictamen una reflexion; consiste: en repar, quien diò estas Ordenes: quien estos seguros, haciendose responsable por el todo, què se adeudasse; y quien diò causa, à que se obrasse con tanta brevedad, y viveza? Es precisso contestar, que el Author de todo esto fue Don Nicolàs: pues atribuirlo à otro, fuera estraño de razon. Y, si le hallamos agente de todo lo obrado con relacion à las Bullas, y su perfecion, y assegurando sus gastos, indemnizando al que practica los seguros, en què consistirà el defecto que influìa la obligacion en que se le atribuye constituido? Hai omission, què extraviando el intento, motivasse algun perjuicio? Lo contrario informa el hecho, en que faltando meritos que liquiden omission, resultan nuevos, que evidencian el cuidado, y promptitud, como và insinuado. Ha detenido los caudales, sin què pudiessen servir en Roma para su destino? Aunque quisieramos fingirlo, nos desacreditara la verdad; porque no es compatible el que los caudales no hayan servido; quando en el seguro de ellos estan gastados en la Dataria 851. pesos, y dos reales de plata, y entregadas las cedulas bancarias, que Mon-Señor conserva en su poder, fol. 48. que importan 1225. escudos Romanos, que hacen 1531. pesos, y dos reales de plata; que unida esta cantidad con la de la Dataria (sin incluir los cambios, que le corresponden, ò à 18. por 100. como corria entonces, ò à 16. por 100. por la moderacion practicada de el papel, fol. 12.) importa el todo de ambas partidas 2382. pesos, y quatro reales de plata, por todos

los

los quales, y demàs impendido, à firma Don Andres de la Peña no conoce otro deudor, que à Don Nicolàs, con cuyas ordenes, y seguros ha procedido en el todo de este encargo, fol. 52. Y hallando las diligencias graduadas por eficaces, sin retardacion practicadas, sirviendo los caudales, y por equivalente convertidos, y aun faltando para lo gastado, vencido en portes, derechos de agencia, y seguros dados, que ha de buscarse mas, para formar el concepto à favor de el reconvenido, quando publican su arreglado obrar los proprios medios, con què se le intenta ofender?

20. Yà suscita la ocasion el reparo, què servirà de respuesta à las partes que litigan; si las Bullas no se entregan? Si el efecto no se consigue? Què importa todo cuidado, ni suple la diligencia, quando todo existe sin efecto, y continua el perjuicio? Y pues en defecto de las Bullas se obligò al reintegro, justo es, cumpla con este, yà que no se ha logrado el Beneficio. Tan poderosa es la verdad, y tan evidente la razon, que à Don Nicolàs assiste, que aun para formar el argumento, no se halla entivo seguro. Es cierto que las Bullas no se han trahido por el mandatario: tambien lo es que se ha diferido obtener el Beneficio; pero què causa ha motivado esta experiencia? El hecho informa, serlo el *nihil transeat*, puesto por el Cardenal Ministro en representacion de la Real Persona. Si se dificulta lo cierto de este hecho, responda persuadiendo el testimonio de la sentencia dada en Autos seguidos en la Corte Romana entre Mon-Señor Iturbide, y el Don Andrès de la Peña, lo cierto de las cedulas bancarias: por quien, y à cuyo favor fueron hechas fol. 51. Y en quanto à la novedad de el *nihil transeat*, y por quien fue puesto, responde el monitorio expedido; que todo lo comprueba. En virtud de el qual, assi Don Nicolàs, como Don Diego Marquez se hallan emplazadas, y notificadas, ocurran, à substanciar los recursos por el Reverendo Arzobispo de Raguza, y Don Andrès de la Peña, intentados en assumpto de lo obrado, y assegurado en fuerza de las Ordenes por el Don Nicolàs dadas, en el qual instrumento se menciona el *nihil transeat*, y por quien fue puesto. Y finalmente concluye contra qualquier afectada duda, la Real authoridad de el Consejo, que se halla intervenida en el assumpto de Bullas, y expedicion; por haverse puesto el *nihil transeat* à consequencia de Real deliveracion; y con tan duplicados medios, que constituyen notorio el citado impedimento, vean los herederos de Don Pedro Ignacio como han de disculpar la duda de el hecho, interin que transitamos à fundar, que por las resultas de esta novedad supervenientе, no es responsable Don Nicolàs; previniendo que el no suspendernos en fundar, que

estos

estos instrumentos son suficiente privilegiada prueba, que destruye toda duda, no es descuido, si cuidado de autorizar en derecho lo que necessitasse de esta proteccion, y no lo que por indudable, no admite distancia en examinarlo, y concederlo.

21 Procedieron Don Nicolàs, y su correspondiente, sin perder tiempo, ni ocasion, que conspirasse al buen exito, y mas breve expedicion de el Beneficio pretendido. Suspendiò las favorables resultas de lo obrado la deliveracion superior; y en este supuesto, no se encuentra, con que motivo se publica, que el mandatorio faltò à su legal, è ingenua correspondencia: pues la alteracion, que causa impulsos tan autorizados, no obligan, sì preservan, ò indemnizan; por que en todos los actos se supone exceptuado lo quese deriva de semejante principio: *Cum in qualibet dispositione, & promisione censeatur reservata superioris authoritas, lex. fin. & in ea Jason ff. Qui satisdare cogan. Et in leg. si quis major C. de transa. Gratian. tom. 3. discepta 520. n. 26. & 24.* ibi: *cum factum Principis reputetur cassus fortuitus, cujus imperio non potest resisti: Vencer este impedimento, no es de su cargo. Guzman de evictionibus ex toto cap. 52. præcipue n. 75. cum aliis*: resistirlo, y obrar en fraude de èl, fuera delito *ex pluribus locis in distinctione 11. precipue cap. quis* ibi: *Quis autem leges Principum, aut regulas Patrum, aut admonitiones paternas dicat, debere contemni, nisi qui impunitum tantum existimet transire commissum?* Luego ò ha de contestarse, que Don Nicolàs ha cumplido en quanto ha obrado; ò se le pone por defecto, el no excederse de lo que les es permitido; y esta alternativa alienta, y anima su confianza, pues parece se deduce con sugecion à verdad, y justicia.

22. Para exforzar lo propuesto, podian excitarse con proporcion, y congruencia lo instruido en otros assumptos; mas siendo el intento solo afianzar, que para el mandatorio no es cargo, lo que motivò tan independiente, como superior influxo, se ha estimado por reprehensible, tratar este principio, como disputable: principalmente no haviendo circunstancia la mas leve, que se relacione, à que Don Nicolàs haya tenido intervencion, en que el *nihil transeat* se pusiesse, y el presumirlo, fuera temeridad en todo concepto; por lo que nos llama la atencion otra dificultad; y consiste en indagar: Si por el proprio hecho, de que hoi no estè decidido, si la resigna de el Beneficio debe correr, ò no (prescindiendo de las causales, que motiven la razon de dudar) tengan accion los herederos de Don Pedro Ignacio Marquez, y como uno de ellos Don Diego Francisco, interesado en el Beneficio, para què se le haya de reintegrar en los *2669.* pesos de el citado papel de resguardo? Para disolver con la

posi-

posible brevedad esta principal objeccion, se recuerda, que no se asignò tiempo para la perfeccion de la pretension encargada, ò confiada; por lo que no puede darse por resuelto el contrato, en fuerza de ser cumplido el tiempo, ò plazo. Y aunque la culpable omission, ò demora en efectuar el mandato, contestamos, produce accion à favor de el precipiente; este reparo và excluido por la brevedad, y cuidado, con que consta, se obraba en Roma, siendo la mejor Prueba el estar yà para perficionarse el todo, quando se puso el *nihil transeat*, y el tiempo tan corto que precedio entre dàr las Ordenes, y graduarse el assumpto en tal estado. *Quo supposito*, no puede librarse de intempestivo, y doloso el recurso de los herederos: pues todo lo gastado, y assegurado con relacion indispensable à obtener el Beneficio, fue en tiempo habil, sin la sospecha mas leve; antes sì con una seguridad, que passaba de probable: Y aunque pueda hacerse regresso por el mandante de sus encargos, y debe cesar el mandatario, es quando le instruye para esto, lo primero; la revocacion: Lo segundo, ser en tiempo apto, y oportuno: mas faltando esta integridad, ni se le puede permitir el regresso, ni el mandatario debe responder, sino es atemperado, y regulado à lo que permitiò la estacion. Esto es la theorica mas sabida *ex §. rectè 9. institut. & 10. Et ex leg. 15. & inter 26. ff. mandati.* Y aunque puede en otros terminos fundarla la revocacion tacita, y ser suficiente *ex leg. pæn. ff. de rebus. creditis*, no es adaptable al assumpto, y conduce *quod erudit. D. Olea de cessione jur. tit. 8. quæst. 1. n. 26. con la ley si cum Cornelius ff. de solutionib. ley aliud. Ley fin. eodem. Y en terminos de mandato quod fit utriusque utilitate quod distrahi, aut rescindi non possit, nondum in substantialibus, sed in accidentalibus num. 27. Con Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 17. tit. 8. num. 19. Cancerio 2. part. Varia. C. 6. n. 121. Antonio Amato 1. tom. Variar. C. 47. n. 9. Fontanilla decis. 124. n. 19. Y en terminos de cession. n. 28. y de Procurador. n. 29. con el Señor Salgado, y otros: Asserentes, ser preciso, quod res sit integra, à un quando mandatum sit gratia solum mandantis*, y alias lo obrado, y practicado sin novedad, que inclinasse à dictamen contrario, es de cuenta, y cargo de el mandante.

23. Solo esta ultima proposicion fundada responde, y dissuelve la objeccion puesta; porque siendo todo lo que propone Don Nicolàs de la Cruz, assi en gastos, agencia, suplementos, y seguros de las cedulas bancarias, anterior à la novedad, que motivò, y hoi conserva existente la suspension, aunque esta quiera graduarse (que no es mui facil) por equivalente à el aviso de la revocacion, y no querer continuar su instancia el pretendiente, ò mandante; debia y

principiar su instancia, reconociendo en conciencia, y justicia el estado de lo obrado, lo suplido, y causado à consequencia de su pretension, y poderes dados para lo encargado, y confiado à Don Nicolàs; mas tratar el assumpto, que llegò à tan proximo para felizmente fenecerse, como si estuviesse en los principios; es alterar el ser de los hechos; y con este antecedente tan viciado, poco sirve, inferir ilaciones, ò favorables derechos; no siendo de omitir, que debiendose suponer, que en tales negocios, encargados à la conducta de Curiales, estos por su agencia, solicitud, y direccion tienen sus utilidades, y derechos con tasacion, y proporcion al assumpto: por esto nos hallamos en terminos de contracto celebrado *utilitate mandantis, & mandatarii*, y en estos la revocacion, ò desistencia, *sine consensu utriusque*, es dificil de obrar lo que resultarà mas evidenciado, y perceptible de los medios, con que se evacuarà lo siguiente objecion.

24. Què entre Don Nicolàs, y los pretendientes se hiciesse un contrato, en que reciprocamente se obligassen uno à traher, y facilitar las Bullas: otros à satisfacer, y responder por quanto se causasse en el logro, ò consecucion de el intento, parece, ser conforme à lo que el hecho nos instruye; y si el concepto no està equivocado, deberan las circunstancias mensurarse con las reglas, que se suscitan, para liquidar quando es *cap. non implementi* pueda hacerse regresso por los interesados, ò si no obstante la experiencia de que no haya cumplido qualquiera de ellos *tantum possit agere ad implementum, & per consequens non liceat ad primæva jura redire*: porque si el defecto de no entregar las Bullas (que es la estacion actual) dà causa, à que se contemple el contrato rescindido, ò evaquado, tendra mas lugar la pretension de los herederos de Don Pedro Ignacio. Sobre esta duda procede todo lo suscitado por el S. Olea. *tit. 8. quæst. 1. ex n. 19. & 21. Con el Señor Larrea allegat. 26. Barbosa in vot. Decisib. lib. 3. vot. 76. n. 119. Surdo Decis. 166. n. 21. Cancerio part. 1. variar. cap. 18. n. 44. Retis Gutierrez, Parladorio, Guirba*, y otros, que reconocidos instruyen en sus decisiones con sugecion à la diversidad de contratos, ò causas, que les produce, ò bien sea nominado, ò in nominado, cession, donacion, ò transaccion; mas concretando à nuestra dificultad sus documentos, parece no hai duda en que solo podra alterar el regresso para la continuacion, mas no para lo practicado en tiempo havil. Y lo acredita en primer lugar la naturaleza de el mandato, que (*ut jam est notum*) requiere, que la separacion de el mandante sea en tiempo integro, alias no sirve; porque fuera inventar un modo de perder, si arbitriaramente se pudiera desertar de el en-

cargo

cargo confiado, dexando tan mal satisfecho como correspondido à el que havia procedido resignado, quo ad juvando los intentos, è intereses de el mandante; y esto no fuera alentar, si extinguir la natural propension, que entre los hombres debe haver, de que conociendo, que *homo homine in liget, tan superior inferiori, quam inferior superiori, & unus alteri servire debet. Solorzano lib. 2. Politic. cap. 3. fol. 77. Versic Y como & de jure in liarum tom 2. lib. 1. in alterius adjutorium, & aliis, non solum nobis solis bibere, tubiera premio la malicia, de que tanto el Politico se lamenta lib. 5. Polyticorum cap. 2. n. 1. 2. 3. §. 25.* Y se aumentarà el dolor de que yà no parece, que los hombres nacieron en lo natural con instruccion tan piadosa, sì, que se anticiparon à aprender la contraria: pues solo se discurren, y sutilizan estrañas correspondencias; mas el derecho, previniendo remedio, que contenga estos perjuicios, resistiò, el que se pudiesse separar el que confiere sus facultades; ò bien si se adquiriò derecho à otro en lo contratado, ò lo que es equivalente, si se havia obrado en la certeza, y seguro de el titulo, ò contrato, que havia antecedido. Todo el concepto lo fundamenta con diversos cassos que suscita, y distingue el S. Olea, *ubi supra, principalmente ex n. 26 al 29. Y con especialidad quando versatur utilitas utriusque Scasia de Commer. §.2. glos. 5. quæst. 18. per totum n. 447. Anato Fontanela, & alios, quos tradit pro se.* No parece dudable, que en el hecho actual se versò, y actualmente verifica (como và và insinuado) el interès de el pretendiente, y los que à Don Nicolàs tocan por su interposicion, y agencia. Tambien es evidente el que tiene, en indemnizar à Don Andrès de la Peña de lo que ha executado en consequencia de sus Ordenes, y seguros, como el mismo Peña le avisa, reconviniendole fol. 49. Y lo que debera este encargo producir, llegando à su perfeccion: pues no hai resolucion encontra; antes si està pendiente: y en estos terminos no se ha encontrado, con que norte, ò proteccion obra, y procede el recurso, con que tanto à Don Nicolàs se molesta, y ofende su credito, y opinion, quando se vè, que ha cumplido hasta llegar à terminos, que no pende la evaquacion de su arbitrio; por lo qual las partes, que se dicen actoras, no deben pedir; ni de lo anterior se pueden separar: ni Don Nicolàs lo debe permitir.

25. Los Autos informan por la carta original presentada en ellos de el Cardanal Ministro aprovar: que Don Nicolàs resista el curso de las Bullas, que en fraude de el *nihil transeat* pudo facilitar la impaciencia, y aplicacion de Mon-Señor Iturbide, por la conducta de el Mercante de Roma, à quien solo haviendole permitido, que concurriesse para qualquiera à prompto, que se necessitasse, y

evitar

evitar toda contingencia, y suspension, con la calidad precisa, de que nada se obrasse en contra de la superior deliberacion, antes sì con la habilitacion, y permisso conducente; se excedio, reciviendo, y conduciendo las Bullas con conocido evidenre fraude, y mas empeño de el estipulado, y convenido. Tambien se le encarga, no permita operacion en contra, y que para indemnizarse de las vejaciones sobre el pago de las letras, ocurriesse à la superioridad de el Consejo; y no ha bastado aprobacion, y fundamento tan evidente, y autorizado, para que se halle eximido de las actuales vejaciones, y especialidad con que se ha vulnerado la integridad de su proceder, reputando por culpa lo que se havia de publicar por obediencia; acreditando esto, que no debe, ni puede servir de objeccion, el no haber concurrido al desempeño de Bullas, y pago de letras: pues à mas de las causales, con que las protesta correlativas à lo insinuado, fuera parjudicar al proprio interesado, ò pretendiente; impender caudales en lo que no podia servirle: por lo que debe estar tan distante de fundar en esto quexa, ò deducir accion, que antes bien exfuerza Don Nicolàs su justicia, en no haverse vencido al estrepito è instancia, con que se hallò reconvenido, para el desempeño de las letras: Y no ha de decirse (por que es ofender la verdad, ò disfrazar la suposicion) que pudo recevir, ò conseguir las Bullas en Cadiz, y que se negò à ello; sì el que no difiriò à su recivo, y aceptacion, como Vasallo de su Magestad, subdito, y obediente à las disposiciones de sus Ministros, à lo que està obligado, y se le puedo por lo contrario sindicar *ex dictis, & fundatis à D. Larrea allegat. 63. & 64.* sin rezelo de la excepcion de su estado, *& Latè fundat prædictus A.* Y si acasso se dixere: que esta obediencia es affectada, para detener los caudales, lo que nomina capital injusticia *dictus Larrea allegat. 63. n. 39.* ibi: *Totius injustitiæ nulla est capitalior, quam eorum, qui tunc cum maxime fallunt, id agunt, ut boni viri esse videantur. Et n. 43.* ibi: *Quia nihil dolum magis arguit, quam obedientem se ore jactare, corde vero, & factis contumacem, & inobedientem ostendere. Et ex Matienso, & Mechaca* ibi: *Dæmones itaque non homines apellandos, qui vitia induunt mentis virtutum nominibus.* Servirà de convencimiento à tan especial temeridad, el que no se podràn fundar en un hecho tan ciertò circunstancias persuasivas, ò inductivas de suposicion, y quedarà en clase de siniestramente apropriada, y este proprio conocimiento distribuyrà à quien toca la opinion, y justicia.

26. Deducimos por supuesto, para continuar los discursos, que de los meritos de hecho, y derecho anteriormente suscitados, resulta Don Nicolàs sin obligacion alguna, que le haya grangeado el

faltar

faltar, ò exceder de el mandato, què acceptò; assi por la promptitud, con que communicò sus Ordenes, y habilitò las seguridades; como por la legalidad, è integridad, con que ha procedido, sin suponer, ò fingir mas de lo que tenia sugecion à la realidad, gobernando esta sus acciones, y avisos, y haverse hecho los gastos, suplementos, y desembolsos, que por instrumentos se constituyen liquidos; y precediendo todo al decreto, ò *nihil transeat*, que suspendiò el curso, à perficionar el intento; y obligò à Don Nicolàs, à no proceder ad ulteriora, y que à esto es consiguiente, no poder hoi reconvenirle à la devolucion, ò entrego de la cantidad, que se contexta, haver entrado en su poder: por que fuera tratarle como deudor, y obligado, sin tener fundamento para discurrirlo, ni arbitrio para el regresso, disimulandose los que representan à Don Pedro Ignacio de todo lo executado, à consequencia de sus poderes, mandato, ò confianza. Y no parece debemos esperar, que en una conducta ingenua, y juiciosa, que gobernarà los recursos contrarios, se repare, en que suponemos desempeño de la obligacion, y mandato, en que por la acceptacion se constituyò Don Nicolàs todo lo que resulta, haver obrado, impendido, y assegurado su correspondiente en Roma: pues aunque à este se le diessen (en lo judicial) los poderes; si se acredita notorio, ser como persona nombrada, y destinada por el principal mandatario, y lo evidencian las reflexiones fundadas en sus proprias cartas; en estos terminos, para lo formal, todo lo practicado por dicho Don Andrès en este negocio, inferira obligacion, ò indemnizara de ello al Don Nicolàs; reputandose, como hechos proprios, lo que han influido sus Ordenes, y seguros. Y por conceptuar, que en esto no haràn resistencia las partes, se omite el exponer otros fundamentos, y se hace transito à lo precisso.

27. No hallando dificultad, sobre faltar obligacion en todo lo que ocurriò, hasta la novedad impensada de el *nihil transeat*, parece, que se propone por principal lo que occurriò como incidencia; y consiste en el papel reconocido al fol. 4. en que se tratò, convenirse las partes, obligandose Don Nicolàs à devolver los caudales recevidos con las prevenciones, que acredita su contexto; y siendo relacionado à instrumento, que havia de otorgarse, es prevencion, entregar 15ɥ. reales al tiempo que se otorgase, y el residuo en distintos plazos; y en fuerza de este papel, y la que le confiere el reconocimiento, se sigue la execucion, entendiendo, que todo lo demàs que havia antecedido, quedò extincto, y superado por este hecho posterior, para la actual defensa: pues no es consolidable, no estar obligado, y tratarse como deudor, asignando plazos para el

pago, y estipulando el entrego efectivo de los 15ɥ. reales, siendo este el nervio mas firme, con que los actores discurren, afianzado su recurso executivo; y que conceptuan les exonera, aun de responder, y satisfacer à todo lo fundamentado en los escritos por Don Nicolàs, por lo que se solicita acreditar, no puede dàr tanta confianza, lo que no tuvo perfeccion en justicia.

28. Costea, y desampeña para la certeza de este dictamen la propria inspeccion de el papel reconocido: pues dirigiendose à instrumento, ò escriptura que se havia de otorgar, es suficiente esta prevencion; para que pendiesse de su perfeccion, la eficacia de el tratado convenio; y asi lo previene en la expression siguiente, ibi: Y LA ESCRIPTURA SE HA DE FORMAR, Y RECONOCER CON LA MEMORIA, PARA HACER EL ENTREGO DEL DINERO: Luego no se procede consiguiente, en querer efectuar una accion al proprio tiempo, que se està demandando, que se perficione la obligacion: *Quod aparet ex traditis à D. Castillo lib. 3. Cōtroverſ. cap. 26. n. 9. dōde more suo funda*; que solo el hacer mencion de el instrumento, es suficiente indubio, para que se repute ser esencial en el su execucion; y que interin no vale el contrato, y es libre à las partes el regresso: por que se reputa, como condicionado, y aunque *in dubio* propone, haber opiniones en contra; termina con la ley de Partida *6. tit. 5. part. 5. per quam asserit. n. 17. sublatam dubitandi anxiam, & disceptationis præfatæ adeo controversiæ occasionem omnino*: y que procede, sin embargo de la generalidad de la ley del Reino. 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recopil*: pues aunque previene esta, que pareciendo, que uno se quiso obligar à otro en qualquiera manera queda obligado: *Non videtur animus deliberatus, nec voluntas se obligandi, aut contractus perfectus, aut absolutus intelligitur, cum de instrumento conficiendo mentio habita fuerit, quousque instrumentum ipsum confitiatur.* Esto milita, y procede en terminos dudosos, fundando solo el concepto en el haver hecho mencion de el instrumento, para la imperfeccion, ò ineficacia, y que no motive vinculo alguno en la acceptacion de justicia: mas en el assumpto de el pleyto, es culpa, regularle por dudoso, quando tan evidente, y claro se dexò pendiente, de el instrumento las primeras resultas, ò efectos de el convenio. A demàs, que ni aun se constituyò en clase de contrato; pues solo fue un acto preparatorio, para la obligacion; especificando, que el acto preparado (à que conspiraba) havia de tener total sugecion, y uniformidad al papel reconocido, y lo que en el se contenia. Y si en terminos de la opinion de el Señor Castillo, (que copiosamente funda cum pluribus) no pudiera, sin violencia deducirse accion ò recurso con razon mas poderosa; en el actual pleyto, en que, no pudiendo

el

el citado papel, y su contexto producir novedad para el hecho anterior; permanece este con los meritos que vàn insinuados, y es sin motivo la confianza, con que se discurre, no deberse yà tratar de lo anteriormente obrado, quando existè para el dictamen como causa principal.

29. Mas: el reconocimiento chirographaro funda con muchos practicos el Señor Vela en la Dissertacion 24. y 25. que es un acto puramente referente, y como tal no aprovechan las calidades que al tiempo de reconocerse expressan, sino se fundamentan, y liquidan de el proprio instrumento reconocido. Dixo Don Nicolàs en su declaracion, que el convenio no tuvo efecto; y esto por el proprio instrumento, en que se fundan las otras partes, se halla en precision, à que no se estime por perficionado, interin se comprueve, asistido de las qualidades pedidas para su perfeccion, y consummacion; luego la qualidad es correlativa al proprio relato, sobre que recae, ò à que conspira, y debe ser creida, aunque no se necessitaba; pues quando quiera decirse (que es violento) haver sido el papel medio suficiente para producir accion; de que servia su producion ò reconocimiento, siendo consujecion à la condicion, que verifica el papel; pues havia de correr igual norte, y fortuna el recurso, y la excepcion, siendo influida de un proprio astro: y quando el impedimento para el exercicio de la accion es tan notorio, y graduado, obsta con tal exfuerzo al actor, que debe atenderle el Juez de Oficio, y lo contrario es agravio, que hace legal, y precisso el recurso intentado; lo que es general documento *D. Salg. de Reg. part. 4. cap. 7. ex n. 101, quia tunc sententia, seu instrumentum loquitur, & producitur, præsentaturque cum sua exceptione, semperque actioni principali obstat, cum ei simul juncta sit Guirb. Descisf. 113. n. 7. Grazian. Disceptat. 175. n. 15, & 26.* Y no es necessario el Juez para esta exclusion, por ser el acto como condicionado, ò porque en tales cassos, como dice Marescosto, y otros que cita el Señor Salgado *part. 4. cap. 13. n. ex 46. usque ad 52. eodem tempore, eodem instanti, & ex eodem fonte oritur actio, & exceptio; quia tunc agens non ab alio repelitur, quam à semetipso repeli intelligitur, & suo ligone se percutit, eique incumbit onus probandi exclusionem exceptionis; quamvis exceptio requirat altiorem indaginem.* Y estas doctrinas dàn lugar à otra reflexion; pues en el papel reconocido se dice: que la resigna (objecto, à que mirò el encargo, ò mandato) tuvo efecto fol. 3. de que resulta esta ilacion legitima: Luego de el proprio instrumento, con que se quiere fundamentar el recurso, por no haver Don Nicolàs cumplido, se verifica lo contrario, que es haver efectuado el mandato. Y se corrobora, por ser comun,

mun, que valiendose una parte de el juramento, libro, chirographo, ò instrumento, aunque tenga privilegio fiscal, no puede usar de èl, en lo que le favorece, è impugnarle en lo que le ofende, ò excluye: *Noguerol alegation.* 33. *Escobar de Ratiocin. cap.* 13. *pertot. D. Salgado laberint. creditor. part.* 2. *cap.* 6. *Ex n.* 9. *ad* 32. aunque protexte en contra *D. Valenzuela Velasquez Consil.* 123. *num.* 76. *& cons.* 179. *n.* 82. *Barbos. in collect. ad cap. cum olim n.* 4. *Caldas Pereyra de emptione, & vendit. cap.* 16. *n.* 44. *Surdo Decis.* 267. *ex n.* 1. *con la ley quidam. Eulog. C. de jure de liber. lex Pluvia* 3. *final. ff. de posit cap. cum olim de censibus*, con otros que recopila el S. Salgado ubi supra, y *Don Gabriel Pareja de instrumento, & dit. tit.* 1. *resoluc.* 3. §. 5. *n.* 26. Y causando esta precision el inseparable impedimento, para haver intentado el recurso no solo executivo, si aun en terminos de Ordinario, se debè conceder lo violento, è injusto de el procedimiento; sin necessitarse para este convencimiento de estraños, ò independientes meritos; pues tienen primer lugar los que informa el papel, ò instrumento reconocido, y el proprio acto de reconocimiento.

30. Mas para el dictamen de justicia, y conciencia parece debe exforzar su proceder Don Nicolàs; pues sin derogacion de lo fundado, es notable novedad, ofrecer la obligacion, y resistir, perfeccionarla, y estas variaciones las publica la ley por iniquidades. *lex* 11. *C. de rebus creditis* ibi: *Et judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes.* Y la glosa litera è. Y en todo assumpto es intolerable lo in consiguiente, y asi es justo que de este reparo se compurgue, el que su opinion defiende. Bien estamos, en que no es defecto usar de los recursos, que estableciò el derecho; porque fuera atrebimiento reputar por censurable, ò reprehensible, ocurrir à los discretos justificados remedios, con que la ley amparò al que resulta perjudicado, sin que sirva de reparo el mas perfecto anterior consentimiento; pues en constando ser læsivo, todo se anula, ò rescinde con proporcion à los meritos contemplando, que en cassos tan frequentes, como perjudiciales, ò intervino la voluntad precisada; ò desertò de la razon, à cuyo imperio debe estar sufraganea; por lo que solo con advertir el hecho de tratar obligarse como deudor, reconociendose, no serlo, estaba titulando el regresso, para que se atienda como justo, y precisso: mas nos franquea el pleyto mas justicia, para fundar la violencia, reflexionando lo primero la diversidad de el borrador, y lo prevenido en el papel; pues con reiteradas expresiones se le trata en aquel à Don Nicolàs como deudor de los 2669. pesos queriendo su accion volutaria constituirla la precissa; suponiendo con esto, haver tenido los efectos en su poder, sin aplicacion, ni

desti-

destino, lo qual era suficiente, para que no se asintiera; pues estando ofendida la verdad, que instrumentalmente constaba, no fue menos motivo, el que mirando el convenio à embarazar las expressiones, con que los interessados ofendian, y consternaban aquel concepto integro, en que se vincula la opinion, creciò en tanto grado este perjuicio en tan breve tiempo, que advirtiò Don Nicolàs frustrado el mas apreciable respecto, à que terminaba la devolucion, que ofrecia, sin conseguir por esta, mas de continuar sus riesgos, en un notable descuvierto. Estas reflexiones son tan proprias de lo racional, que no necessitan de judicial proteccion; y si se dificultase, ser impulso suficiente, para abandonar los intereses, ù preservar el credito, sin perjuicio, ò lession, deberàn recordarse los documentos, que recopilò el *Señor Molina de primogenis lib. 2. cap. 15. n. 215. consusar. de sustit. Lara de vita homin. P. Molina de justitia*, y otros que cita en la impression novissima de el año de 1727. Y en un Juez Letrado, Caballero, ò otro que fixa su modo de vivir en su opinion, quanto le estimule, y venza la conservacion de esta. *El Politico Bobadilla lib. 5. cap. 2. n. 39.* con diversas leyes, y otros fundamentos solidissimos, que adaptados al assumpto, acreditan corta la perdida, à que se exponia, quando procedia, y obraba con relacion à evitar las equivocadas proposiciones, con que yà se principiaba à su focar lo arreglado de su proceder; y hallando frustrado el logro de su intento, ò el respecto de su operacion, ò impulso, fue regular desistirse de el acto preparado, en que havia assentido, vajo de circunstancias, que conservaban libre su arbitrio en justicia.

31. Con menos causales obraria Don Nicolàs mui formal, y consiguiente, resistiendo efectuar el instrumento: mas no es justo, omitir en este manifiesto lo que franquea el hecho, para constituir precissa su deliberacion; pues consta, que el papel reconocido, fue en 22. de Septiembre de 1735. Y en 2. de Octubre de el dicho año fue expedido en Roma un Monitorio por el Auditor de su Santidad à pedimento de el Don Andrès de la Peña, y Mon-Señor Iturbide, emplazando à Don Nicolàs, y à Don Diego Francisco Marquez sobre el assumpto de las Bullas, y cumplimiento de la expedicion, el qual se recogiò à consequencia de despacho de el Real Consejo, donde pende el expediente, sobre si ha de correr, ò no; lo que consta de los instrumentos trahidos en virtud de la provission de Autos diminutos; y à vista de esta novedad, causa mas admiracion la instancia de los herederos de Don Pedro Ignacio Marquez; pues vienen à pretender, que Don Nicolàs, constituido yà responsable, ò deudor, por los gastos, seguros hechos de su Orden, y demàs en que se sufre el re-

curso, de que se halla notificado, y emplazado, les vuelva la cantidad, que ha sido el unico seguro, en que se ha confiado, para haver procedido.

32. Y para mayor exfuerzo de el concepto, sirva lo instruido en terminos de qualquiera obligado à la entrega, y satisfaccion de precio causado de predio, ò fundo, que por titulo de venta havia adquirido, y sin mas de un riesgo amenazado, le preserva de el pago, ò desembolso; sin que pueda ser reconvenido, antes que indemnizado. *D. Olea tit. 5. quest. 13. n. 24. D. Castillo lib. 4. controver. cap. 42. n. 61. D. Larrea decis. 25. n. 6. D. Francisco Merlin Centur. 1. cap. 46. n.* 8. En el hecho actual es mas poderoso el motivo: pues evaquado el expediente en el Real Consejo, obra la precission de el Monitorio, y no es factible, escusarse de occurrir à la defensa de el recurso, que supone el emplazamiento: menos se puede (bona fide operando) negar, que Don Andrès de la Peña pide bien, en que se le haya de satisfacer, quanto ha impendido en fuerza de las Ordenes que se le han dado, y esto precissamente ha de ser de el dinero percevido por Don Nicolàs; pues tuvo este destino; por lo qual fuera error manifiesto, continuar en la perfeccion de el convenio, estando tan proximo el peligro de reiterar el pedir à los herederos las porciones, que se les trataba de volver: Convenciendo estos meritos, ser operacion arreglada, y precissa la que se nota por novedad culpable, y que no solo se ha usado de la libertad, que franqueaba para el regresso lo imperfecto de el acto preparatorio, cuyo ser pendia de el preparado (*ex dictis à D. Olea tit. 1. quæst. 6. ubi etiam fundat, quando promissio sit actus consummatus, si nihil amplius desiderat*) sì, por los fundados motivos, que occurrieron, dando diverso ser al assumpto.

33. Discurriòse por esta parte, que era apreciable para no innobar, estar intervenida la Real autoridad, informandose por los terminos, y medios competentes de todo el assumpto de beneficios, y resigna de el Venerable Arzobispo de Raguza, principalmente en los intereses, y su destino. Fundabase este concepto en lo deliberado por el Consejo, à cuyo Real despacho diò motivo el estarsele reconviniendo à Don Nicolàs sobre el pago de las letras, que debia executar principalmente parando dichos efectos en su poder, y en esto que es el recurso directo, que ha producido su obligacion, se suspende recogiendo los Autos fol. 21. y no se alcanza, que mas privilegio tenga Don Diego Marquez, y Consortes para innovar tan en el todo en este assumpto; quando al proprio Resignante, y à el Don Andrès de la Peña estàn impedidas sus acciones, è interin que procede la superior deliberacion, como tambien se halla requerido Don Diego

Diego Marquez por dos despachos de el Consejo, para que ocurra à èl, segun su declaracion fol. 43. Y si la diversidad se introduce por el acto posterior, ò imperfecto convenio; mal puede este influir efectos tan eficaces, quando carece de todo lo indespensable para su firmeza, y existencia.

34. Mas: para poder Don Diego, y sus hermanos tener accion, para repetir los efectos destinados para la resigna de el Beneficio, precissa, que esta se halle evaquada, y entonces serà, de falcando los gastos que huviere habido en tiempo habil; hoi no està resuelto, si ha de correr, ò cesar la resigna, y sus Bullas; porque pende de el expediente radicado en el Real Consejo, y donde està emplazado el Resignatario Don Diego Francisco Marquez: Luego ni entodo, ni en parte puede pedir los 2000. y mas pesos. Y bien le consta à Don Diego, y los demàs partes, que en el Tribunal de el Provisorato hai Autos formados à su instancia; en cuya virtud estàn depositados, y se vàn depositando los frutos de el Beneficio, que son quantiosos. Y si no tuviera legitimacion, y derecho, no le huviera el Provisor oido, ni diferido al deposito, ò sequestro; de lo que no ha hecho ningun desistimiento; con que en esto se supone la resigna, como efectuada, y el mandato quasi cumplido; y al proprio tiempo se repite el dinero, y ha de ser Don Nicolàs obligado, y molestado como si tal resigna no huviera havido, ni se huviera executado, quanto ha precedido. Esto es, querer, que la gracia estè assegurada: los gastos hechos: los frutos en el deposito: y todo sea de valde; pues se han de volver los efectos, que se anticiparon por seguro en el principio, para subvenir à los gastos, y demàs que se ha hecho. Bien se examina, que en semejantes pretensiones, todo es efecto de la voluntad mui separada de las sendas, ò conducta que instruye la razon: y quando esta liquida, que Don Nicolàs no està obligado, y resiste à quanto se ha exparcido con ofensa de su ingenuidad, y legalidad, no se venza por oprimido: procure asilo, y proteccion; que si le consuela su conciencia, importunada que los hombres le aflixan; si permanece en la Tabla de la integridad, consuelo superior tiene su padecer *cap. Quid ob est. Causa 1. quest. 3. Quid ob est homini, quod ex illa tabula vult eum delere humana ignorantia, si de libro viventium non deleat iniqua conscientia? Cap. in cunctis eodem* ibi: *In cunctis, quæ in hac vita adversa proveniunt, sola est (sicut nostis) Omnipotentis Dei districtio pensanda: atque ad cor semper recurrendum, ut nullius* ibi: *Lingua implicet, ubi conscientia non accusat. cap. inter. eodem* ibi: *Inter verba laudantium, sive vituperantium admentem semper recurrendum est: & si in ea non inveniatur bonum quod de nobis dicitur, magnam tristitiam intrare debet.*

Et

Et rursum: si in ea non invenitur malum, quod de nobis homines loquuntur, in magnam lætitiam debemus prosilere. Quid enim, si non omnes laudent, & conscientia liberos nos esse demonstret: &c. Si lo interior de el concepto habilita táto alivio, mas logra Don Nicolàs en lo terminante de el pleyto; pues en terminos liquidos de justicia, fundamenta, no haver la obligacion, con que se le reconviene, ò molesta: ò bien se atiendan los meritos principales, ò los que sobre vinieron por el papel reconocido; pues este, en lugar de convencerle, sirve para exfozarle su derecho contra el recurso intentado: Y assi, en todo concepto resulta sin obligacion, que es el primer objecto, con que se ha intentado el recurso.

OBJECTO II.

35. EXaminados los principios, que havian de influir la substancia de la obligacion, y la qualidad de la execucion, son improporcionados para el efecto referido, *ex dictis, & probatis.* Y no es necesario otro conocimiento para la notoria justicia del recurso de apelacion; y ser esta admisible en ambos efectos; porque es gravamen imponderable, ò insufrible, tratar como deudor à el que *ex actis liquida*, no serlo; y molestarle con el recurso privilegiado executivo, hallandose eximido aun de el Ordinario. Y siendo los instrumentos, que franquean las defensas, en primer lugar los que fundan la confianza de los herederos de Don Pedro Ignacio, sin necesitar de otra prueva para desestimarlos, que reconocerlos como và fundado anteriormente; parece, que la apelacion no carece de circunstancia, para que se atienda por justa. Y conduce para exfuerzo de el dictamen, que usando en primer lugar de los medios que acreditan, no tener obligacion, que pueda conferir recurso, se allana à otorgarla à favor de los herederos, y à entregarles los 1ꝟ. pesos de à 15. reales vellon; con tal que de parte de estos preceda, otorgar otra, en que le indemnicen de todas resultas, que haya influido, y ocasione la intervencion que ha tenido para el logro, y consecucion de la resigna de este Beneficio: y abonandole desde luego los derechos compensativos à su solicitud, y agencia, portes de cartas (que no es lo menos por lo distante de las correspondencias), y demàs, que incontinenti resulta de gastos impendidos efectivos, y suplementos hechos al R. Arzobispo Resignante.

36. Pretension es esta, que puesta en el arbitrio mas inclinado à los herederos, no se alcanza, por donde tenga repulsa, que no sea notoria violencia: pues si estàn satisfechos, de que ni hai riesgos

por

por razon de lo obrado; si los seguros, ò cedulas bancarias no producen rezelo; si el correspondiente Don Andrès de la Peña no ha de pedir: si al Monitorio, y recursos, que supone intentados no se han de estimar, y los expedientes de el Real Consejo se confian, han de salir con tal fortuna, que Don Nicolàs no tenga que lastar; esto en que se hallan asegurados les debia constituir mas promptos à una obligacion sin contingencia: pues por què no se allanan, y la aceptan? La solucion à esta replica pulsa el escrito, ò defensa que los herederos han dado por lo tocante al recurso executivo fol. 73. B. donde suscitando la prevencion, de que ofrecen recevir las Bullas por sus legitimos costos, y mas à satisfacer 300. pesos à corta diferencia, que podràn resultar por equivocacion; alegan, que por este medio cesò todo riesgo: Y asi es bano temor el de Don Nicolàs, ò pretexto para no pagar el dinero. De modo, que en el dictamen de los herederos solo podrà recelarse, quando llegue el desempeño de las Bullas, y tengan curso estas: mas sin llegar este casso, no contextan perjudiciales contingencias, que disculpen la instancia de quererse indemnizar.

37. Resulta su concepto superado con la realidad de los Autos, en los quales hallamos, que sin continuar la expedicion de las Bullas, le reconviene Don Andrès de la Peña à Don Nicolàs, diciendo: no reconoce otro deudor, que le indemnice de las obligaciones: le hace presentes los gastos, y desembolsos de la Dataria: Le pone demanda, y emplaza por el Monitorio, y se parcializa en esta instancia, ò recurso con el Venerable Arzobispo Resignante, haver percevido este 290. pesos fol. 50. y à el 52. previene el correspondiente, que està pagando las bancarias à favor de la Dataria. Todo esto se experimenta sin el desempeño de las Bullas, ò tener curso estas: con lo qual podràn conocer los herederos de Don Pedro Ignacio, si es equivalente la seguridad, que pòderàn à la que con precision, y experiencia se pide, y debe procurar por Don Nicolàs; quien justamente insta, en que desde luego se le abone lo que comprueva impendido; pues sobre estàr desembolsado, à què conduce dilatar la satisfaccion? Y asi este allanamiento, que incluye tambien el recurso, sobre que el instrumento, y obligacion no se deba practicar (à lo menos con esta indispensable, y justa moderacion, y prevencion) es, el que en primer lugar justifica la fuerza, y legaliza el actual recurso: pues siendo los 1U. pesos (à cuyo pago la execucion se dirige) parte de la obligacion, sobre cuya perfeccion, y otorgamiento se litiga; como si el todo està litigioso, puede la parte constituirse derecho exequible, y liquido? Fuera incidir en inconveniente grave; que à

el tiempo de vencerse, ò declararse, no haver lugar à otorgar la obligacion, se hallarà esta desestimada, y en los 15 ꝟ. reales, cumplida, como si tuviesse la mayor perfeccion, y justificacion: Y esta disonancia fue tan atendida en el concepto legal, que para evitar su experiencia, se documenta por precisa la substanciacion de el articulo perjudicial con antelacion, y prelacion à los demàs recursos, à que conspira, y transciende la qualidad perjudicial. Y de no concederse assi, es legitima la apelacion, y debe declararse la fuerza en no admitirla, ò bien sea el articulo perjudicial, *rei causæ actioni, vel personæ. D. Salgado de Reg. protect. parte secunda cap. 1. n 31. & alis* ibi: *Quia de emergente præjudiciali exceptione, & negotio principali simul tractare non potest; quia esset confundere, & inordinare processum: quæ confusio, & inordinatio processus non potest reparari per apellationen à difinitiva. Et eadem parte cap. 18. ex n. 38. usque ad 50.* sin que pueda atenderse por objeccion la qualidad executiva: pues en estos juicios privilegiados procede, principalmente, siendo los meritos incontinenti liquidos en el proceso, como son (contra la execucion) lo que influye el proprio papel, y reconocimiento; pues graduadas en esta clase ante *litis ingressum debent terminare, non requirunt probationem, nec oppositionem n. 62.* Y el fundamento de esta precision es facilmente perceptible: porque si estos meritos estàn destruyendo, ò impidiendo el nacimiento de la accion, quando esta à lo menos no tiene la recomendacion de una buena exterioridad, antes si es inseparable de el instrumento, el notorio defecto, que la destruye; para que es procurar, ni esperar extraña instancia, quando es evidente la justicia.

38. Aunque el agravio principiado desde el sequestro se constituyò mas graduado con la execucion; se usa de la apelacion, al vèr desatendidos los meritos de la defensa con el Auto, en que se mandò encargar, y con efecto se encargaron los 10. dias de la ley: pues constando yà de quanto se havia contemplado suficiente, para su perseder en la execucion, y para que esta no huviera tenido principio, fuera culpable tolerancia, exponerse à los terminos estrechos, que influyera la sentencia de remate: Y quando de los Autos que antecedieron de sequestro, y execucion, fuera legitima la apelacion, por producirla, y fundarla los fundamentos expuestos, no deberà estrañarse, haver usado de esta, viendose gravado Don Nicolàs con el procedimiento, que si antes lo resistian, solo los fundamentos liquidados por el papel reconocido; yà se exforzaban mas con el articulo perjudicial, y con el allanamiento subsidiario; pues aunque quiera decirse, que esta continuacion en la substanciacion de la execucion, y providencia de encargamiento no

es equivalente à excluir las excepciones, sì, reservarlas para tiempo mas oportuno. Se responde: que esto fuera disimulable, quando los meritos, de que Don Nicolàs se vale, carecieran de circunstancia en su certeza: mas resultando liquidos, y acreditados de los proprios medios, con que el actor funda su recurso; es agravio la reserva, y con ella la apelacion interpuesta se justifica. El que sin verificarse, y cumplirse el otorgamiento de el instrumento, no tuvo subsistencia, ni eficacia el convenio; pues aunque fuesse perfecto el contrato, siguiera las reglas de condicionado. No es excepcion *facti sed juris*; tambien es de jure, que las circunstancias protegidas, y causadas de proprio papel reconocido tienen igual atencion, ò privilegio, que la accion, ò recurso, que se quiere fundar en el reconocimiento. Y esto produce la precision, de que incontinenti se hayan de atender supercediendo en el assumpto principal: pues à mas de el perjuicio, que à el reconvenido se causa, nada adelanta el actor, en continuar un procedimiento, que desde luego se advierte, carece de legal proteccion à que conduce lo instruido por el Señor Salgado *part. 2. cap. 18. num.* 50. con los demàs A. A. que en varios numeros cita.

39. A el tiempo de intentar el recurso de apelacion se tuvo mui presente lo que el Señor Salgado funda *parte* 4. *cap.* 1. *ex n.* 9. sobre si el Juez Eclesiastico cause fuerza en no diferir à la apelacion interpuesta *à precepto de exequendo*, en que manifestando los que siguen la opinion afirmativa, resuelve con copioso numero de A. A. siguiendo la contraria *n.* 11 *inmo appellationi non deferentem vim nullam facere interpositæ ab expeditione executorialium, & præcepto de exequendo tam vigore rei judicatæ, quam instrumenti quarentigiati, alteriusve dispositionis: Longe veriorem, & probabiliorem, communioremque, &c.* Y en estos terminos, ò de la confession judicial, aunque contuviesse qualidades extrinsecas, ò dividuas, que verificadas, ò liquidadas destruyessen la accion, fuera la apelacion intempestiva de el Auto de execucion, y demàs subsequentes; porque no es suficiente, para destruirla en el ingresso, sino es los meritos; que en este proprio estado son liquidos, *ut ex dictis apparet*, è instruye el Señor Vela en la *qualidad individua de la confession judical disertac.* 24. *fere per totam.* Y siendo los meritos, en que se funda el recurso, nacidos de el proprio instrumento, y sus prevenciones hallamos diversificado en mucho nuestro assumpto, y en lo esencial de lo prevenido por el Señor Salgado en el lugar referido, y con razon dificultamos, pueda hallarse fundamento para adequar la doctrina especificada à los terminos de el pleyto, como vàn manifestados, y expuestos. Proce-

diendo

diendo lo proprio con *la disertac.* 22. *de el Señor Vela*; pues la autoridad de estos clasicos A. A. y otros que citan, es en los terminos, de que *el precepto de exequendo* traiga por fundamento un instrumento guarentigio, una sentencia executoriada, una confesion judicial, sin que en estos precisos antecedentes se halle perceptible, y notoria la imposibilidad para el exercicio de la accion, aunque se examinen meritos con el defecto de liquidos, ò precissamente sujetos à prueva, de que carecen para su existencia, y atencion, como lo denotan, y acreditan los proprios terminos, con que documentan; y por el contrario, si con su inspeccion se reconoce, ò que el instrumento es condicionado, ò que la setencia, *sua facie*, es nulla, ò que el reconocimiento recae sobre relato, ò chirographo, que resiste la execucion, ò la confesion judicial tiene individua qualidad: pues constando esto de el assumpto, los proprios A. A. y en los mismos lugares, que se citan, por objeccion, instruyen, no ser practicable la execucion. Y tambien conduce lo que dexamos prevenido num. 29. Y asi esta replica dà causa, à que mas bien se gradue la apelacion por justa, y legitimo el recurso de fuerza.

40. En el proprio Auto, en que se experdiò por el Juez de la Santa Iglesia la execucion, se mandò notificar à Don Nicolàs, que otorgasse la Escriptura, à que se relaciona la declaracion, ò reconocimiento, y de cuya obligacion instrumental es parte los 15ɥ. reales de vellon, porque se despacha la execucion. Fue esta providencia à instancia de la Viuda, y herederos de Don Pedro Ignacio Marquez, y Don Diego Francisco, principal interesado en la resigna de el Beneficio. Y ha causado grave dificultad la union de estos dos remedios. Bien puede consolidarse: mandar, despachar una execucion, y que se otorgue un instrumento; si este no es la causa eficiente de la obligacion. Mas quando no puede tener (por lo estipulado) perfeccion, substancia, ni existencia el contracto, sin la Escriptura: à el tiempo mismo que se pretende con el otorgamiento de ella la perfeccion, que el contracto necesita; contemplarle yà tan consummado, como si el instrumento huviesse precedido, es pretencion, cuyas reglas deben desearse; para en lo sucesibo seguirse: si Don Nicolàs huviera declarado, que la obligacion havia precedido; el contracto estaba consummado; y que el instrumento se havia pactado, *ad faciliorem probationem*, ò por otro medio se fundara, no deberse reputar por essencial, y pender de su disposicion la firmeza de la obligacion, tambien fuera censurable, no admitir por compatible la esistencia de el contrato, y que para su notoriedad se efectua-

se el instrumento, por lo que funda el Señor Olea *tit. 1. quest. 5. num. 16. 17. y 21.* con Amaya, el Señor Salgado, Acevedo, Fontanela con otros muchos: en el hecho de el pleyto havia de ser principio del contracto el instrumento; sin èl, no havia obligacion; y se esfuerza el concepto: porque si se hiciera el instrumento en otra situacion, ò territorio, y dudara donde estaba surtido el fuero del contrato, havia de resolverse, que en el lugar donde se hizo el instrumento. *Carleval. de judic. titul. 1. D. 2. num. 281.* ibi: *Primo casu dicimus, locum scripturæ non producere forum; neque esse in consideratione: secundo vero casu,* ibi: *Contrahere censendi sunt, qui contrahunt, ubi instrumentum, & scriptura contractus fit: quia scriptura est de essentia, complemento, & perfectione contractus.* De estos documentos tan comunes, que se dificulta, para otros sean reservados; quando en este manifiesto quedan prevenidos; se illaciona: ser notoriamente justa la apelacion de Autos, en que se concede un sequestro, sin que contasse; ni aun se jurasse el motivo. De una execucion, que carece de obligacion perfecta que la motive; antes si el instrumento con que se pretexta, la excluye, sirviendo de especial complacencia lo que en primer lugar acredita, sobre no ser hoi responsable Don Nicolàs, por las cantidades, que se le piden: y que no se puede con realidad atribuirle, haver faltado à lo legal, ingenuo, y prompto de su encargo; quando los instrumentos (que corroboran, y esfuerzan las cartas de correspondencia) estan à favor, publicando la mas fundada proteccion de justicia, y el no concedersela; sì, diferirla, hace la appellacion indispensable, su admision precisa; y que lo contrario sea violencia, con lo que terminan sus expressiones, vinculando su confianza, en la proteccion, y justicia de tan primer Tribunal. Sevilla, y Agosto 23. de 1737.

Lic. Don Pedro Monte-Mayor y Pizarro.